

Il contratto di appalto nel project financing



Prof. Avv. Francesco Caputo Nassetti
Corso di Diritto Bancario
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Ferrara

Avvertenza

- ❖ Il contenuto di questo documento presuppone la lettura e lo studio della materia trattata ed ha il solo scopo di riassumere i principali temi di analisi.
- ❖ Le informazioni contenute sono necessariamente sommarie e incomplete.

Indice

- ❖ Perimetro della fornitura
- ❖ Verifiche sul sito, specifiche tecniche e progettazione esecutiva
- ❖ Fine lavori ed entrata in esercizio
- ❖ Collaudi
- ❖ Trasferimento della proprietà e dei rischi
- ❖ Prezzo e modalità di pagamento
- ❖ Garanzie di pagamento
- ❖ Garanzia di rendimento
- ❖ Garanzia per difetti
- ❖ Varianti
- ❖ Subappalto
- ❖ Assicurazioni
- ❖ Cessioni, modifiche al Contratto EPC e accordo diretto
- ❖ Servizi di gestione e manutenzione
- ❖ Altre principali caratteristiche del Contratto O&M

Perimetro della fornitura

- Il contratto EPC (engineering, procurement, construction) deve **definire in modo puntuale il perimetro della fornitura** che l'appaltatore è tenuto a svolgere nei confronti del committente.
- È opportuno, tuttavia, che l'appaltatore accetti di eseguire **ogni altra attività, pur non espressamente indicata nel perimetro della fornitura, che il committente dovesse ragionevolmente richiedere** ai fini della realizzazione dell'impianto.
- In un'ottica di project finance, è preferibile che l'incarico dell'appaltatore **comprenda tutte le attività necessarie alla costruzione dell'impianto (incluse le opere civili)**. Ove tale soluzione non fosse perseguibile, è possibile prevedere che la realizzazione delle opere civili venga affidata a soggetti terzi, a condizione che il committente non assuma alcuna responsabilità nei confronti dell'appaltatore in ordine alla mancata o ritardata esecuzione di tali opere.

Verifiche sul sito, specifiche tecniche e progettazione esecutiva

- L'appaltatore deve dichiarare (i) di **aver effettuato la ricognizione del sito** (comprensiva delle necessarie verifiche archeologiche, geologiche e idrogeologiche) e di **conoscere le condizioni del suolo e del sottosuolo**, e (ii) di **ritenere il sito tecnicamente idoneo** allo svolgimento della fornitura a regola d'arte. I rischi connessi al ritrovamento di reperti archeologici, residui bellici e sostanze pericolose o inquinanti sono usualmente esclusi dagli eventi di forza maggiore ed allocati in capo all'appaltatore.
- L'appaltatore deve dichiarare di **aver preso visione delle specifiche tecniche** elaborate dal committente, di **conoscerne integralmente il contenuto** e di **ritenerle idonee** alla realizzazione dell'impianto a regola d'arte.
- L'appaltatore deve predisporre la **progettazione esecutiva** in conformità alle leggi e alle norme tecniche applicabili. La progettazione esecutiva deve essere condivisa con il committente, fermo restando che **l'appaltatore rimane responsabile in via esclusiva di eventuali errori nella progettazione.**

Fine lavori ed entrata in esercizio

- L'appaltatore deve impegnarsi a completare i lavori entro la data concordata con il committente (c.d. **data garantita**), salvo il diritto ad una proroga della data garantita qualora il mancato rispetto della stessa dipenda da fatti non imputabili all'appaltatore (eventi di forza maggiore o inadempimenti del committente). In caso di ritardo nell'ultimazione dei lavori, il committente ha, di norma, diritto al pagamento di una **penale per ritardo** e, ove il ritardo si protraesse oltre un certo termine, alla **risoluzione del contratto**. La data garantita deve essere coerente con la durata del **periodo di disponibilità** e del **periodo di pre-ammortamento previsti dal contratto di finanziamento**.

Collaudi

- Dopo l'entrata in esercizio, l'impianto è sottoposto dalle parti a prove tecniche volte a verificarne il funzionamento (c.d. **prove di accettazione provvisoria**), in presenza del consulente tecnico delle banche. Usualmente è consentito all'appaltatore di eseguire gli interventi correttivi necessari sull'impianto (c.d. **interventi di *make good***). In caso di esito positivo, le prove si concludono con la **sottoscrizione del verbale di accettazione provvisoria** (contenente l'indicazione degli eventuali lavori minori che possono essere eseguiti dopo la sottoscrizione del verbale, i c.d. **lavori di *punch list***) e l'**emissione del certificato di accettazione provvisoria**. In caso di esito negativo delle prove, l'appaltatore deve smantellare l'impianto e ripristinare lo stato originario dei luoghi, sostenendone i relativi costi (c.d. ***rejection***). Possono essere previste **penali a carico dell'appaltatore per mancato raggiungimento di determinati livelli di performance** superiori alla soglia di rejection.
- Alla scadenza del ventiquattresimo mese dall'emissione del certificato di accettazione provvisoria, hanno luogo le **prove di accettazione definitiva**. In caso di esito positivo delle prove, si procede alla **sottoscrizione del verbale di accettazione definitiva** e all'**emissione del certificato di accettazione definitiva**. In caso di esito negativo, è di norma dovuta una **penale compensativa** da parte dell'appaltatore.

Trasferimento della proprietà e dei rischi

- **Il committente acquista la proprietà dei beni e dei componenti di volta in volta consegnati in sito dall'appaltatore.** Nella prassi, gli appaltatori richiedono che il passaggio della proprietà avvenga soltanto dopo il raggiungimento di certe *milestones* e il pagamento di una congrua porzione del prezzo. In tal caso, è ipotizzabile una soluzione che **preveda il trasferimento della proprietà di determinate quote di beni e componenti in corrispondenza del pagamento di ciascuna *tranche* di prezzo.** Le tempistiche relative al passaggio della proprietà devono, comunque, essere verificate con le banche finanziatrici, che hanno interesse ad anticipare il trasferimento della proprietà ai fini della costituzione del privilegio speciale ex articolo 46 TUB.
- **Il committente assume i rischi di perimento dell'impianto** (inclusi, a titolo esemplificativo, il rischio di furto, perdita o danneggiamento dei beni e componenti anche a causa di eventi di forza maggiore) **a partire dalla data di emissione del certificato di accettazione provvisoria dell'impianto.**

Prezzo e modalità di pagamento

- In un'ottica di *project finance*, la previsione di un **prezzo fisso ed imm modificabile** rappresenta un elemento fondamentale. Il Contratto EPC deve stabilire che il corrispettivo dell'appalto resti invariato per l'intera durata del contratto (salvo incrementi di prezzo concordati dalle parti in sede di varianti discrezionali o varianti necessarie per legge), **escludendo espressamente la possibilità per l'appaltatore di avvalersi dei rimedi di cui agli articoli 1467** (risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta) e **1664** (revisione del prezzo in caso di aumento dei costi dei materiali o della manodopera superiore al decimo del prezzo pattuito o in caso di difficoltà di esecuzione per cause idrogeologiche, verificatisi per effetto di circostanze imprevedibili) **del codice civile**.
- L'ammontare delle singole *tranches* di pagamento deve essere **coerente con il modello finanziario approvato dalle banche finanziatrici**. In particolare, strutture contrattuali che prevedono la corresponsione di una cospicua quota di prezzo prima dell'emissione del certificato di accettazione provvisoria potrebbero non essere accettabili per le banche.

Garanzie di pagamento

- L'appaltatore deve far sì che un **primario istituto di credito**, di gradimento delle banche finanziatrici, **garantisca l'adempimento degli obblighi di natura pecuniaria assunti dall'appaltatore** nei confronti del committente ai sensi del Contratto EPC.
- Nella prassi, le garanzie di pagamento si articolano in (i) un ***advance payment bond***, a garanzia della restituzione dell'anticipo di prezzo versato all'appaltatore, dalla data di pagamento dell'anticipo fino alla data di completamento di una determinata percentuale dei lavori, (ii) un ***performance bond***, a garanzia del pagamento delle penali eventualmente dovute dall'appaltatore ai sensi del Contratto EPC, dalla data di cessazione dell'efficacia *dell'advance payment bond* fino alla data di emissione del certificato di accettazione provvisoria, e (iii) un ***warranty bond***, a garanzia del pagamento delle penali e degli importi dovuti dall'appaltatore a titolo di garanzia per difetti ai sensi del Contratto EPC, dalla data di emissione del certificato di accettazione provvisoria fino alla data di emissione del certificato di accettazione definitiva. Deve trattarsi di **garanzie autonome a prima richiesta, con espressa deroga agli articoli 1247 (compensazione), 1939 (validità fid.), 1941 (limiti della fid.), 1945 (eccezioni), 1955 (liberazione fid.) e 1957 (scadenza fid.) del codice civile.**
- **L'importo delle garanzie deve essere coerente con il modello finanziario delle banche.**

Garanzia di rendimento

- Il Contratto EPC deve prevedere una garanzia dell'appaltatore sulla performance dell'impianto (c.d. **garanzia di rendimento**). Il mancato rispetto di tale garanzia comporta, di regola, il pagamento di una penale annua di mancata produzione da parte dell'appaltatore.
- La garanzia di rendimento normalmente decorre **dalla data di emissione del certificato di accettazione provvisoria** e termina **alla data di emissione del certificato di accettazione definitiva**. Per il periodo successivo alla data di emissione del certificato di accettazione definitiva, la garanzia di rendimento è prevista **nel Contratto O&M**, fermo restando che, **in caso di recesso del committente per fatto imputabile all'operatore o risoluzione per inadempimento dell'operatore, quest'ultimo deve continuare a rimanere responsabile per la garanzia di rendimento** (ad esempio, versando una penale una tantum attualizzata o, in alternativa, pagando, ove dovuta, la penale annua di mancata produzione, salvo che il mancato raggiungimento della performance garantita sia dipesa da disservizi del nuovo operatore).
- I **livelli di garanzia di rendimento** devono essere **soddisfacenti per le banche finanziatrici**.

Garanzia per difetti

- Il Contratto EPC deve, inoltre, prevedere una garanzia dell'appaltatore per vizi e difetti dei beni e componenti, con obbligo dell'appaltatore di riparare o sostituire i beni e componenti difettosi (c.d. **garanzia per difetti**).
- La garanzia per difetti normalmente decorre **dalla data di emissione del certificato di accettazione provvisoria** e termina **alla data di emissione del certificato di accettazione definitiva**. Nella prassi, **in relazione a taluni elementi dell'impianto** la garanzia per difetti si estende **per alcuni anni dopo la data di emissione del certificato di accettazione definitiva**, tipicamente in base ai termini di garanzia negoziati dall'appaltatore con i propri fornitori di pannelli e componenti.
- La **durata della garanzia per difetti** deve essere, in ogni caso, **soddisfacente per le banche finanziatrici**.
- In un'ottica di *project finance*, è preferibile che **l'appaltatore rinunci ai termini di decadenza per la denuncia dei vizi di cui agli articoli 1667 e 1669 del codice civile**.

Varianti

- È opportuno che il Contratto EPC contenga **una disciplina chiara ed esaustiva delle varianti**.
- Tipicamente, le varianti si dividono in **(i) varianti discrezionali**, ordinate dal committente, **(ii) varianti necessarie per legge**, in conseguenza di mutamenti legislativi, e **(iii) varianti necessarie per motivi tecnici**, dovute ad errori dall'appaltatore nella progettazione esecutiva.
- **Soltanto le varianti discrezionali e le varianti necessarie per legge possono dare diritto ad una revisione del prezzo in favore dell'appaltatore**, di norma all'esito di una procedura di consultazione con il committente ovvero, in caso di mancato accordo tra le parti, a seguito della valutazione della variante da parte di un perito indipendente.
- Per essere bancabile il Contratto EPC deve prevedere una **deroga espressa agli articoli 1660, secondo comma** (recesso dell'appaltatore in caso di varianti necessarie superiori al sesto del prezzo), e **1661, primo comma** (divieto di varianti discrezionali superiori al sesto del prezzo), **del codice civile**.

Subappalti

- Sono consentiti subappalti a **soggetti approvati dal committente e dalle banche finanziatrici all'atto della stipula del Contratto EPC**. Usualmente sono permessi anche subappalti a **terzi di volta in volta scelti dall'appaltatore, purché il valore dei lavori subappaltati in percentuale rispetto al prezzo non superi determinate soglie** (normalmente nell'ordine del 5-10%) previste nel Contratto EPC.
- In ogni caso **il subappaltatore resta pienamente responsabile per l'attività dei suoi subappaltatori**.
- **Al di fuori dei casi sopra indicati, l'appaltatore può subappaltare lavori soltanto con il previo consenso del committente e delle banche finanziatrici.**

Assicurazioni

- La struttura delle polizze assicurative deve essere **concordata con il consulente assicurativo delle banche finanziatrici**.
- Nella prassi, durante la fase di realizzazione dell'impianto è prevista la stipula delle seguenti assicurazioni, con primarie compagnie assicurative dotate di adeguato rating e di gradimento delle banche finanziatrici: **(i) polizza "erection all risks"**, a copertura dei danni derivanti da furto, danneggiamento e distruzione di beni e componenti, **(ii) polizza trasporti**, a copertura dei danni subiti dai beni oggetto di fornitura durante le operazioni di carico, trasporto e consegna in sito, **(iii) assicurazione contro gli infortuni sul lavoro**, in favore dei dipendenti dell'appaltatore, **(iv) assicurazione sulla responsabilità civile dei lavoratori**, e **(v) assicurazione sulla responsabilità civile dei veicoli**.
- La polizza "erection all risks" e la polizza trasporti sono, di regola, **oggetto di vincolo in favore delle banche finanziatrici mediante apposizione di appendice di vincolo sulla relativa polizza**.
- La polizza deve coprire tutti i **danni diretti ed indiretti** (mancata produzione) e le **franchigie e scoperti** devono essere a carico o degli sponsor o dell'appaltatore.
- L'assicurazione si deve impegnare ad informare la banca finanziatrice se non viene pagato il premio prima di sospendere la polizza.

Cessioni, modifiche al Contratto EPC e accordo diretto

- **L'appaltatore (i) non può cedere i propri diritti e obblighi nascenti dal Contratto EPC senza il preventivo consenso del committente e delle banche finanziatrici, e (ii) deve accettare che il committente possa cedere in garanzia alle banche i propri crediti e diritti derivanti dal Contratto EPC, dalle garanzie di pagamento e dalle assicurazioni.**
- **Il Contratto EPC deve prevedere un impegno delle parti ad apportare al Contratto EPC le eventuali modifiche che fossero richieste dalle banche finanziatrici successivamente alla stipula dello stesso.**
- **L'appaltatore deve impegnarsi a stipulare con il committente e le banche finanziatrici un **accordo diretto**, ai sensi del quale (i) accetta di informare le banche della propria intenzione di risolvere il Contratto EPC o recedere dallo stesso, di iniziare azioni giudiziarie contro committente e di sospendere l'esercizio delle proprie azioni per un certo termine, e (ii) prende atto che le banche possono **subentrare**, direttamente o per il tramite di un terzo da esse designato, **nella posizione contrattuale del committente** durante il predetto periodo di sospensione ovvero al verificarsi di un evento rilevante ai sensi del contratto di finanziamento.**

Servizi di gestione e manutenzione

- Nel Contratto O&M l'operatore deve impegnarsi a svolgere i servizi di gestione e manutenzione dell'impianto, inclusi (i) **servizi di manutenzione ordinaria**, (ii) **servizi di manutenzione straordinaria** (riparazione e sostituzione di beni e componenti difettosi o danneggiati), (iii) **approntamento scorte di parti di ricambio**, (iv) **gestione degli eventi catastrofici**, e (v) **monitoraggio del funzionamento dell'impianto**.
- A fronte dello svolgimento dei servizi, l'operatore ha diritto di ricevere un **corrispettivo fisso e imm modificabile** – la manutenzione straordinaria è a consuntivo - (salvo eventuale adeguamento ISTAT e incrementi di prezzo concordati dalle parti in sede di varianti discrezionali o varianti necessarie per legge). Al corrispettivo dei servizi di gestione e manutenzione devono applicarsi **le stesse deroghe al codice civile previste per il prezzo dell'appalto**.

Altre principali caratteristiche del Contratto O&M

- Il Contratto O&M deve avere **durata minima soddisfacente per le banche finanziatrici (a partire dalla data di emissione del certificato di accettazione provvisoria)**, in quanto il rimborso del finanziamento dipende dai flussi di cassa rivenienti dal progetto nella fase di gestione. È esclusa la possibilità per l'appaltatore di recedere ad nutum dal contratto.
- Usualmente le assicurazioni relative alla fase di gestione comprendono (i) una **polizza “*all risks property*”**, inclusiva del guasto macchine, (ii) una **polizza di responsabilità civile verso terzi**, (iii) una **polizza di responsabilità civile verso dipendenti**.
- Per quanto riguarda le varianti ai servizi, i subappalti, le cessioni, le modifiche al Contratto O&M e l'accordo diretto valgono considerazioni analoghe a quelle svolte in relazione al Contratto EPC.